

ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE E TUTELA
POSSESSORIA NELLA CESSAZIONE DELLA CONVIVENZA NON
MATRIMONIALE

ASSIGNATION OF THE FAMILY HOME AND “*ACTIO SPOLII*”
AFTER THE END OF *MORE UXORIO* RELATIONSHIP

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 431 - 459

Fecha entrega: 14/10/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

Dra. ORIANA CLARIZIA
Professore Associato di Istituzioni di diritto privato
Università degli Studi di Napoli Federico II

RESUMEN: Superate le posizioni che assimilavano la convivenza non fondata sul matrimonio ad un rapporto di ospitalità, la giurisprudenza più recente configura, in capo al convivente, una situazione di detenzione qualificata, garantita dal ricorso all'azione *ex art. 1168 c.c.* anche contro gli eredi del convivente premorto. L'attenzione si concentra sulla singola convivenza, con un approccio differenziato, finalizzato ad indagare la *ratio* dell'assegnazione della casa familiare e della tutela possessoria a seconda se, nell'ambito della convivenza di fatto, siano presenti figli naturali. In assenza di una composizione dei rapporti abitativi tramite contratti atipici di convivenza ovvero negozi gratuiti costitutivi di usufrutto, l'azione giudiziale *ex art. 1168 c.c.* rappresenta la scelta percorribile là dove la conflittualità delle parti sia tale da non consentire una convergenza dei contrapposti interessi.

Valutate le peculiarità della singola fattispecie, permane l'esigenza di garantire un eguale trattamento per tutti i componenti del nucleo familiare

PALABRAS CLAVE: Convivenza *more uxorio*, assegnazione della casa familiare, rapporti di ospitalità, tutela possessoria, azione di spoglio, detenzione qualificata, interesse dei figli, contratti atipici di convivenza, negozi gratuiti costitutivi di usufrutto, rapporti con i chiamati all'eredità del *partner* premorto.

ABSTRACT: To conceive the coexistence for non-married couples as a bare relationship of hospitality is full outdated. Courts now entitle the partner to live on, recognizing a situation of «qualified detention» under art. 1168 c.c., even against the heirs of the deceased partner. The focus is on the inner qualities of each individual coexistence, with a differentiated approach, which aims to investigate the *ratio* of the assignation of the family home and the protection of possession of cohabiting partner. The balance between opposed claims depends on whether, in the spheres of coexistence in fact, there are biological children or not. When a marriage-like settlement agreement fails (or even a gratuitous life estate's transfer), the action under art. 1168 c.c. is a viable medium when the conflict among the parties is too rough to achieve a spontaneous convergence of the interests at stake.

KEY WORDS: No married couples, family's home assignation, hospitality, protection of possession, *Actio spoli* qualified detention, best interest of the child, innominate agreement of cohabitation, gratuitous life estate's transfer, relationships with heirs of the deceased *partner*.

SUMARIO: I. PARI DIGNITÀ GIURIDICA DEI MOLTEPLICI MODELLI DI VITA FAMILIARE. IL PROBLEMA DELL'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE IN SÉGUITO ALLA CESSAZIONE DELLA CONVIVENZA NON BASATA SUL MATRIMONIO. PROFILI DI INDAGINE.- II. PRESUPPOSTA INIDONEITÀ DELLA CONVIVENZA DI FATTO A PRODURRE EFFETTI GIURIDICI QUALE RAGIONE DELLA SUA ASSIMILAZIONE AL RAPPORTO DI OSPITALITÀ E DEL DIVERSO TRATTAMENTO RISPETTO AL CONIUGE NON PROPRIETARIO DELL'IMMOBILE.- III. EVOLUZIONE DELLE RISPOSTE GIURISPRUDENZIALI: CONFIGURABILITÀ DELLA SITUAZIONE DI DETENZIONE QUALIFICATA, GARANTITA DAL RICORSO ALL'AZIONE *EX ART. 1168 C.C.*, IN CAPO AL CONVIVENTE *MORE UXORIO*.- IV. OPPORTUNITÀ DI DISTINGUERE IL PROBLEMA IN RELAZIONE ALLA PRESENZA DEI FIGLI: IL PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ GENITORIALE QUALE FONDAMENTO DELL'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE AL GENITORE AFFIDATARIO DI PROLE.- V. *SEGUE*. COMPOSIZIONE DEI RAPPORTI ABITATIVI IN ASSENZA DI FIGLI. IMPOSSIBILITÀ DI RICORRERE ALLO STRUMENTO DELL'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE IN DIFESA DEL CONVIVENTE ECONOMICAMENTE PIÙ DEBOLE.- VI. SODDISFACIMENTO DELLE ESIGENZE ABITATIVE TRAMITE: CONTRATTI ATIPICI DI CONVIVENZA; COMODATO VITA NATURAL DURANTE E NEGOZI, GRATUITI, COSTITUTIVI DI USUFRUTTO VITALIZIO. DISCUSSA APPLICABILITÀ DELL'ART. 2645 *TER C.C.* AI RAPPORTI FAMILIARI DI FATTO.- VII. PROFILI SUCCESSORI. TUTELA POSSESSORIA CONTRO I CHIAMATI ALL'EREDITÀ DEL CONVIVENTE PREMORTO.

I. PARI DIGNITÀ GIURIDICA DEI MOLTEPLICI MODELLI DI VITA FAMILIARE. IL PROBLEMA DELL'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE IN SÉGUITO ALLA CESSAZIONE DELLA CONVIVENZA NON BASATA SUL MATRIMONIO. PROFILI DI INDAGINE.

La cessazione di una convivenza non fondata sul matrimonio è causa di conflitti derivanti da problematiche non risolvibili con il ricorso agli istituzionali strumenti di composizione della crisi previsti per la famiglia basata sul vincolo coniugale. Particolarmente delicata è la questione concernente l'assegnazione della casa adibita a luogo di svolgimento e attuazione della vita familiare in ipotesi di cessazione della convivenza *more uxorio*¹.

¹ In aggiunta alla bibliografia citata nelle note seguenti, cfr. ROPPO, V.: "Convivenza extramatrimoniale, tutela della famiglia di fatto e diritto all'abitazione", *Foro it.*, 1980), I, c. 1214 ss.; ID.: *Famiglia. III) Famiglia di fatto, Enc. giur.* Treccani, XIV, Roma, 1989, p. 1 ss.; FERRANDO, G.: "Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto", *Fam. dir.*, 1998, p. 183 ss.; BALESTRA, L.: *La famiglia di fatto*, Padova, 2004,

Nella risoluzione dell'indicata problematica non aiutano sterili analogie o assimilazioni tra un modello di famiglia tradizionale, fondata sul vincolo matrimoniale, e una convivenza *more uxorio*², stabile, basata sull'autodeterminazione delle parti³. Il discorso che si articola nelle pagine seguenti muove dal presupposto della pari dignità giuridica, nonché sociale, dei molteplici schemi di vita familiare emergenti nell'attuale momento storico⁴, sì che il percorso evolutivo che sul piano normativo e culturale ha

p. 253 ss.; CUBEDDU, M.G.: *La casa familiare*, Milano, 2005, *passim*; CONTIERO, G.: *L'assegnazione della casa coniugale*, Milano, 2007, p. 70 ss. e ASPREA, S.: *La famiglia di fatto*, Milano, 2009, p. 119 ss. Con particolare riferimento alla famiglia fondata sul matrimonio, il tema è analizzato, tra gli altri, da QUADRI, E.: "L'attribuzione della casa familiare in sede di separazione e di divorzio", *Fam. dir.*, 1995, p. 269 ss.; OBERTO, G.: "L'assegnazione consensuale della casa familiare nella crisi coniugale", *ivi* (1998), p. 461 ss.; MANTOVANI, M.: "L'assegnazione giudiziale della casa familiare tra interesse dei figli, interesse del coniuge e diritti dei terzi", *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 441 ss.; EAD., *Casa familiare (assegnazione della)*, *Enc. giur.* Treccani, I, Roma, 2008, p. 1 ss.; FREZZA, G.: *Casa familiare*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da Zatti, II, Milano, 2011, p. 1753 ss.; SESTA, M.: "Comunione di vita e 'diritti' sulla casa familiare", *Fam. dir.*, 2013, p. 511 ss. Per i problemi successori, GABRIELLI, G.: "Il diritto di abitare nella casa già familiare dopo la dissoluzione della famiglia", *Vita not.*, 1997, p. 1268 ss. Su un piano più generale, STELLA RICHTER, G.: "Aspetti civilistici del concubinato", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1119 ss.

² POLIDORI, S.: "I rapporti personali. Impossibilità di imporre ai conviventi i doveri personali previsti per i coniugi", in *Trattato dir. fam.* diretto da Zatti, cit., I, p. 1009 ss.

³ La Corte costituzionale, con sentenza del 13 maggio 1998, n. 166, *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 678 ss. [con commento di FERRANDO, G.: "Crisi della famiglia di fatto, tutela dei figli naturali, assegnazione della casa familiare"; vedi, inoltre, EAD.: "Crisi della convivenza *more uxorio* e abitazione familiare, *Fam. dir.*, 1998, p. 255 ss.; nonché *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 880 ss., con commento di VELLUZZI, V.: "Diritto alla abitazione della casa familiare, filiazione naturale e famiglia di fatto: la Corte costituzionale tra principi inespressi e ideologia"], ha individuato la ragione della diversa natura dei due fenomeni nel fatto che «la convivenza *more uxorio* rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza dal matrimonio: da ciò deriva che l'estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti». Con tale pronuncia la Consulta supera il precedente orientamento [cfr., a titolo esemplificativo, Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, *Foro it.*, 1991, I, c. 446 ss.] secondo il quale l'art. 29 cost. «riconosce alla famiglia legittima una dignità superiore, in ragione dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività di diritti e di doveri che nascono soltanto dal matrimonio».

⁴ Evidente l'apertura di Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, *Iustitia*, 2010, p. 311, con commento di COSTANZA, M.: "La Corte costituzionale e le unioni omosessuali". La pronuncia, nel ripercorrere l'ordinanza di rimessione, afferma che «non si possono ignorare le rapide trasformazioni della società e dei costumi, il superamento del monopolio detenuto dal modello di famiglia tradizionale, la nascita spontanea di forme diverse (seppur minoritarie) di convivenza, che chiedono protezione, si ispirano al modello tradizionale e, come quello, mirano ad essere considerate e disciplinate. Nuovi bisogni, legati anche all'evoluzione della cultura e della civiltà, chiedono tutela, imponendo un'attenta meditazione sulla persistente compatibilità dell'interpretazione tradizionale con i principi costituzionali». Cfr., inoltre, Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, *Fam. dir.*, 2012, p. 665 ss., con nota di GATTUSO, M.: ««Matrimonio», «famiglia» e orientamento sessuale: la Cassazione

determinato il passaggio dal «concubinato alla famiglia di fatto»⁵ e il superamento della condizione di disvalore nella quale era relegata l'unione non basata sul matrimonio segnano il riconoscimento di una tutela costituzionale in favore della convivenza *more uxorio* quale formazione sociale, *ex art. 2 cost*⁶, e non già quale effetto dell'iscrizione allo schema di disciplina

recepisce la «doppia svolta» della Corte europea dei diritti dell'uomo», e Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, *ivi*, 2014, p. 861 ss., con commento di BARBA, V.: «Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale», ove si dichiara l'illegittimità costituzionale delle norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso nella parte ove non prevedono che la sentenza di rettificazione consenta, se richiesto, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore. In dottrina, ROPPO, V.: «La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 696 ss.; MENGONI, L.: «La famiglia in una società complessa», *Iustitia*, 1990, p. 1 ss.; BUSNELLI, F.D.: «La famiglia e l'arcipelago familiare», *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 509 ss.; AMRAM, D., e D'ANGELO, A., *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Padova, 2011; SCALISI, V.: ««Famiglia» e «Famiglie» in Europa», *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 7 ss.; PORCELLI, M.: «La famiglia al plurale», *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2013, p. 226 ss.; PARENTE, F.: «L'evoluzione dei modelli familiari: dal principio di autorità alla tutela delle libertà personali», *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 388 ss.; ROMEO, F.: «Famiglia legittima e unioni non coniugali», in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Torino, 2014, p. 3 ss. e MARUCCI, B.: *Famiglia legittima e famiglia «naturale»: un percorso verso la parificazione*, Napoli, 2012, p. 18 ss.

⁵ Chiarisce Cass., 11 agosto 2011, n. 17195, *Foro it.*, 2012, I, c. 1445 ss., che in una fase «nella quale l'espressione convivenza *more uxorio* andava gradualmente sostituendo quella di concubinato, prevaleva una sorta di «agnosticismo» dell'ordinamento nei confronti del fenomeno, derivante dalla mancata regolamentazione normativa di esso [...]. In una fase successiva, che si può collocare temporalmente alle soglie e successivamente alla riforma generale del diritto di famiglia, l'espressione «famiglia di fatto» comincia ad essere sempre più frequentemente accolta. Essa non indica soltanto il convivere come coniugi, ma individua una vera e propria «famiglia», portatrice di valori di stretta solidarietà, di arricchimento e sviluppo della personalità di ogni componente, e di educazione e istruzione della prole». Il sintagma è utilizzato da GAZZONI, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, e da ANNUNZIATA, A.G. e IANNONE, R.F.: «Dal concubinato alla famiglia di fatto: evoluzione del fenomeno», *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 131 ss. Sottolinea la non adeguatezza dell'espressione «famiglia di fatto» FERRANDO, G.: «Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento», *Contratti*, 2015, spec. p. 727, ove, riguardo ai diversi legami non coniugali, chiarisce che ciò «costituisce non un semplice fatto, ma una realtà ormai giuridicizzata, in cui si esplicano diritti fondamentali e correlativi doveri di solidarietà».

⁶ Per un approccio assiologico allo studio della famiglia di fatto ID., «Famiglia e diritti fondamentali della persona», *Legalità e giustizia*, 1986, p. 484 ss., ora in ID., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, p. 367 ss. Sulla rilevanza della famiglia di fatto quale formazione sociale, PROSPERI, F.: «La famiglia nell'ordinamento giuridico», *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 790 ss. In giurisprudenza, Corte cost., 18 novembre 1986, n. 237, *Foro it.*, 1987, I, 2353 ss., e per l'unione omosessuale, App. Milano, 31 agosto 2012, *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Famiglia in genere*, n. 51, in adesione a Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, cit., la quale, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale della normativa codicistica che non consente di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, ha escluso che la

dell'unione coniugale.

Superate le posizioni, ormai desuete, fondate sul primato esclusivo della famiglia matrimoniale⁷, è possibile procedere secondo una duplice direzione di indagine, tesa ad analizzare a) la possibilità di configurare una tutela possessoria in capo al convivente *more uxorio*, estromesso in maniera violenta o clandestina dall'unità abitativa dal convivente proprietario oppure, analogamente, dal terzo titolare sull'immobile di diritti reali o personali di godimento; b) le vicende che si snodano in sede successoria, con particolare riferimento ai rapporti tra il convivente che vive nella casa adibita a residenza familiare e i chiamati all'eredità del *partner* premorto, titolare del diritto di proprietà sull'immobile.

II. PRESUPPOSTA INIDONEITÀ DELLA CONVIVENZA DI FATTO A PRODURRE EFFETTI GIURIDICI QUALE RAGIONE DELLA SUA ASSIMILAZIONE AL RAPPORTO DI OSPITALITÀ E DEL DIVERSO TRATTAMENTO RISPETTO AL CONIUGE NON PROPRIETARIO DELL'IMMOBILE.

La ricostruzione del primo dei menzionati profili impone di analizzare l'avvicinarsi di pronunce, ormai lontane nel tempo⁸, espressione di una cultura giuridica diversa rispetto a quella sottesa agli orientamenti più recenti. In epoca risalente, la questione è stata affrontata prestando attenzione ai componenti del nucleo familiare, al fine di chiarire se, tra tali soggetti, taluno

disciplina dei diritti e dei doveri di tali coppie «possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio».

⁷ Cfr. SCADUTO, G.: "Filiazione naturale, famiglia legittima e adozione", *Iustitia*, 1965, p. 50 ss.; SANTORO PASSARELLI, F., *Significato attuale del diritto nell'organizzazione e nella vita della famiglia*, 1972, ora in ID., *Libertà e autorità nel diritto civile*, Padova, 1977, p. 197; DE CUPIS, A.: "Debitazione legislativa della famiglia legittima", *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 317 ss.; TRABUCCHI, A.: "Natura Legge Famiglia", *ivi*, 1977, I, p. 1 ss.; PULEO, S.: "Concetto di famiglia e rilevanza della famiglia naturale", *ivi*, 1979, I, p. 381 ss. Per una serrata critica a tali posizioni, PERLINGIERI, P.: "La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima", *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 601 ss., poi in ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 481 ss.

⁸ Per una puntuale analisi dell'evoluzione giurisprudenziale, GRONDONA, M.: "La tutela possessoria del convivente: un'analisi giurisprudenziale", in BRUNETTA D'USSEAUX, F. e D'ANGELO, A.: *Matrimonio, matrimonii*, Milano, 2000, p. 341 ss., con particolare attenzione alla struttura della motivazione e alla tecnica argomentativa utilizzata, di volta in volta, dal giudice. Cfr., altresì, FACHECHI, A.: "Il convivente non proprietario è legittimato a esercitare l'azione di spoglio sulla casa familiare?", rassegna giurisprudenziale a Trib. Napoli, Sez. Portici, 29 marzo 2013, *Foro nap.*, 2014, p. 335 ss.; ESPOSITO, F.: "Famiglia di fatto e tutela possessoria del convivente", commento a Cass., 2 gennaio 2014, n. 7, *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 657 ss.; AURELI, M.: "Detenzione e possesso nella convivenza di fatto: l'evoluzione giurisprudenziale", *Giur. it.*, 2014, p. 31 ss.; DE LUCA, G.: *La famiglia non coniugale. Gli orientamenti della giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 84 ss.

potesse reputarsi titolare di una situazione di detenzione autonoma. In tale scenario, la tutela possessoria è stata negata al familiare convivente (ad esempio figlio) del conduttore-autore dello spoglio dall'abitazione comune⁹, in ragione della considerazione secondo la quale, nonostante il contratto alla base della detenzione del capo famiglia rispondesse agli interessi anche dei familiari conviventi, questi ultimi non sarebbero dei detentori autonomi: i rapporti affettivi, infatti, non risulterebbero idonei a far sorgere per il convivente poteri sulla cosa quanto piuttosto una mera relazione di ospitalità. Unica possibile eccezione a tale atteggiamento restrittivo si rintraccia nelle ipotesi di convivenza giustificata da un obbligo al mantenimento o agli alimenti. Si è disposti ad ammettere, infatti, che soltanto in queste fattispecie residuali sussisterebbe una coesione tale che il convivente possa essere considerato legato al conduttore «da un vincolo di necessità di convivenza», nonché titolare di «un interesse proprio [...] tutelato come diritto ed estrinsecantesi nel godimento dell'alloggio, con conseguente configurabilità di autonoma detenzione»¹⁰.

Tra i familiari più ristretti, peculiare è la situazione possessoria riconosciuta al coniuge: il rapporto di ospitalità non è in grado – secondo talune pronunce¹¹

⁹ GENTILE, F.S.: *Il possesso nel diritto civile*, Napoli, 1956, p. 166 ss.; MONTEL, A.: *Detenzione*, in ID., *Nuovi scritti in materia di possesso*, Torino, 1958, p. 33, ove l'autore afferma di mutare la precedente posizione [espressa in ID.: *Disciplina del possesso*, Torino, 1951, p. 29] favorevole alla tutela possessoria del convivente; GRECO, F.: "Sulla legittimazione ad agire in spoglio del convivente *more uxorio*", nota a Trib. Roma, 22 gennaio 1953, *Giust. civ.*, 1954, t. 1, spec. p. 969; SACCO, R. e CATERINA, R.: *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 3^a ed., 2014, p. 185 ss., in critica agli orientamenti giurisprudenziali più recenti, che attribuiscono al convivente l'esercizio dell'azione di spoglio [cfr., su tale opera, la recensione di CICERO, C., *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 719 ss]; OMODEI SALÈ, R.: *La detenzione e le detenzioni. Unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, Padova, 2012, pp. 217 ss. e 221. In giurisprudenza, Pret. Genova, 18 marzo 1992, *Giur. Merito*, 1993, I, p. 1206 ss., con commento di BELFIORE, C.: "La posizione possessoria del familiare convivente sull'alloggio della famiglia" (ivi ulteriore giurisprudenza citata), il quale esclude il compossesso del figlio convivente con i genitori in assenza di atti di gestione in proprio del bene.

¹⁰ Trib. Sanremo, 1° agosto 1949, *Foro it.*, 1950, I, c. 770 ss., con commento di DE MARTINI, A.: "Legittimazione dei familiari del conduttore all'azione di spoglio contro il locatore", il quale configura una detenzione autonoma soltanto per i familiari beneficiari di un diritto al mantenimento o alimentare e non anche per le persone di servizio o i conviventi abituarini. Nella stessa direzione, Pret. Roma, 12 giugno 1959, *Foro it.*, 1960, I, c. 697, il quale individua nella convivenza derivante da legame affettivi e abituarini un rapporto di mero fatto, non in grado di giustificare la sussistenza di un titolo alla detenzione. Cfr., inoltre, Cass., 26 gennaio 1982, n. 511, *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Possesso*, 99.

¹¹ Pret. Torino, 17 marzo 1960, *Giust. civ.*, 1960, I, p. 1533 ss., con nota di MONTEL, A.: "Possesso e posizione possessoria del coniuge rispetto all'alloggio coniugale". Ammette la tutela possessoria in favore della moglie, prima ancora, Trib. Roma, 22 gennaio 1953, cit., p. 967 ss. Sulla situazione possessoria di detenzione qualificata del coniuge separando, pur in assenza del provvedimento di assegnazione della casa coniugale, Trib. Venezia, 23

– di giustificare il diritto al godimento dell'alloggio da parte della moglie, in quanto fondato sull'obbligo alla coabitazione sancito dall'art. 143 c.c., allora vigente. La predetta situazione, di compossesso in capo ai coniugi conviventi, legittimerebbe la moglie ad agire in reintegrazione contro lo spoglio violento o clandestino subito.

Opposta soluzione è elaborata per il convivente di fatto: mentre per la moglie è possibile configurare, in virtù del dovere alla coabitazione, una detenzione autonoma anche contro il marito, «tale diritto non sorge per la convivente *more uxorio*, nella cui ipotesi non vi è una necessità di convivenza, come per la moglie». Trattasi, dunque, «di una situazione di mero fatto, fondata su relazione di indole diversa da quelle giuridiche, perché improntata al sentimento, all'affetto, all'attrazione sessuale, alla mera cortesia»¹².

Analogo tenore assumono le posizioni che, pur mostrando di voler superare la riconduzione dell'unione di fatto al rapporto di mera ospitalità – (poiché altrimenti «significherebbe negare in radice rilievo a situazioni di fatto improntate alla comunanza di vita tra i soggetti ed al loro quotidiano contributo ai bisogni domestici») – escludono che si possa concedere la tutela

settembre 2015, con massima consultabile sulla banca dati online *pluris-cedam*. Escludono, invece, in capo al coniuge non titolare di alcun diritto sulla casa familiare una situazione di detenzione qualificata Trib. Trani, 23 marzo 2008, *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 202 e Trib. Napoli, Sez. Portici, 29 marzo 2013, *Foro nap.*, 2014, p. 548 ss., con commento critico di VIRGADAMO, P.: «Coniuge non proprietario, non più convivente e azione di reintegrazione nel possesso della casa familiare». Secondo BELFIORE, C.: «La posizione possessoria del familiare convivente», cit., p. 1210, il familiare, a prescindere dalla sussistenza di un obbligo legale di convivenza, è titolare di «una mera possibilità di uso», da non confondere con il possesso o con la detenzione. Sul punto cfr., altresì, Cass., 16 maggio 1949, n. 1197, *Foro it.*, 1950, I, c. 124; Cass., 4 dicembre 1962, n. 3264, *Giur. it.*, 1963, I, c. 13 ss., nonché *Foro it.*, 1963, I, 269 ss., con commento di BRANCA, G.: «Detenzione dei familiari conviventi col capo famiglia», spec. p. 272 s., il quale differenzia la posizione dei figli da quella della moglie: mentre i primi rappresenterebbero dei detentori subordinati rispetto alla detenzione autonoma del capo famiglia, la moglie è titolare di una situazione autonoma di detenzione, stante il suo diritto-dovere di abitare in quella casa con il coniuge. Ciò «dura fino a quando dura il suo presupposto, cioè la residenza del marito in quell'alloggio», poiché se il marito cambia alloggio e la moglie decide di rimanere nella vecchia abitazione, «il titolo della sua detenzione non è più quello originario: rispetto al vecchio appartamento lei finisce per essere né più né meno che un ospite», divenendo, invece, detentrici autonoma del nuovo appartamento soltanto se decidesse di seguire il marito.

¹² Così Trib. Roma, 22 gennaio 1953, cit., p. 968: su tale pronuncia cfr. le attente riflessioni di GRONDONA, M.: «La tutela possessoria del convivente», cit., p. 345, il quale pone in evidenza, nel caso specifico, la prevalenza della posizione ideologica del giudice (contraria alla convivenza di fatto) sulle particolarità della fattispecie concreta. La convivenza è equiparabile ad un rapporto di ospitalità per SCIOLI, F.: *Il possesso*, Torino, 2002, p. 237. Prima ancora, LEVONI, A.: *La tutela del possesso*, I, *L'oggetto della tutela e le azioni*, Milano, 1979, p. 223, ma v. altresì LIOTTA, G.: *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, Napoli, 1983, p. 71 ss.

possessoria al convivente, in quanto ciò «contrasterebbe con l'impossibilità di configurare situazioni di vantaggio da farsi valere dopo la fine del rapporto e, prima ancora, con l'assenza, nel nostro ordinamento, di un giudice della dissoluzione del ménage di fatto», in grado di attribuire il godimento dell'abitazione in maniera analoga a quanto avviene in tema di separazione e di divorzio¹³. Sí che, per il convivente *more uxorio*, non potrebbe ammettersi «una tutela maggiore» rispetto a quella prevista per il coniuge non affidatario di prole¹⁴.

Tale orientamento, diffuso nella giurisprudenza di merito, trova conferma e accoglimento nelle decisioni della Corte di cassazione¹⁵, che, nel definire la situazione del convivente *more uxorio*, giustificano – quali ragioni ostative al ricorso alla tutela dettata dall'art. 1168 c.c., in aggiunta all'argomento della sussistenza di un rapporto precario – la permanenza nell'immobile quale atto di mera tolleranza del titolare della locazione, sí da escludere, in capo al convivente, la configurabilità di una detenzione qualificata. In maniera ancor piú recisa, la qualità di detentore legittimato alla proposizione dell'azione di spoglio è negata a ciascuno dei componenti del nucleo familiare, stante la preoccupazione secondo la quale l'opposta soluzione impedirebbe al capofamiglia di immettere nel possesso l'acquirente dell'alloggio senza il consenso di tutti i familiari, i quali potrebbero esperire separate azioni di spoglio: «l'assurdo logico e giuridico di siffatta conseguenza prova» – secondo la Corte¹⁶ – «l'erroneità dell'assunto» che riconosce ai conviventi la tutela possessoria in qualità di compossessori o condetentori.

Nel delineato contesto storico-culturale, caratterizzato dall'imperversare di un'ideologia fortemente avversa ad ogni forma di tutela per la famiglia non fondata sul matrimonio, la problematica dell'assegnazione della casa familiare è risolta assimilando la convivenza *more uxorio* al rapporto di ospitalità, sí che la distinzione tra convivente-coniuge (legittimato ad esperire l'azione di spoglio) e convivente *more uxorio* (a ciò non legittimato) è il portato della riconduzione della famiglia non fondata sul matrimonio ad una relazione non idonea a produrre effetti giuridici o, comunque, deteriore rispetto alla

¹³ Pret. Pietrasanta, 19 aprile 1988, *Foro it.*, 1989, I, c. 1662 ss.

¹⁴ Così Trib. Belluno, 31 ottobre 2008, *Foro it.*, 2009, I, c. 257 ss. Cfr., inoltre, Trib. Vigevano, 10 giugno 1996, *ivi*, 1997, I, c. 3691 ss., ove si precisa che la convivenza *more uxorio* è «pressoché irrilevante dal punto di vista giuridico (secondo il diritto positivo, oggi vigente in Italia)». Giustifica l'emissione di un provvedimento cautelare di rilascio dell'immobile se il convivente, entrata in crisi la relazione *more uxorio*, continua ad occupare la casa di comune abitazione, rifiutandone la restituzione, Trib. Messina, 10 settembre 1997, *Fam. dir.*, 1998, p. 255 ss., con commento di FERRANDO, G.: «Crisi della convivenza *more uxorio* e abitazione familiare».

¹⁵ Cass., 16 febbraio 1956, n. 436, *Foro it.*, 1956, I, c. 1120 ss.

¹⁶ Cass., 4 dicembre 1962, n. 3264, cit., c. 17.

convivenza coniugale. Ciò è tanto più evidente allorché si ammette, senza esitazione, che «in genere anche per una evidente ragione di moralità e per l'osservanza del principio del *favor matrimonii*, accolto nel nostro Codice non si può parificare una tale relazione alla famiglia vera e propria. Ne risulterebbero scosse le basi stesse dello Stato»¹⁷.

III. EVOLUZIONE DELLE RISPOSTE GIURISPRUDENZIALI: CONFIGURABILITÀ DELLA SITUAZIONE DI DETENZIONE QUALIFICATA, GARANTITA DAL RICORSO ALL'AZIONE *EX ART. 1168 C.C.*, IN CAPO AL CONVIVENTE *MORE UXORIO*.

Benché non manchino, quasi negli stessi anni, decisioni contrarie all'equiparazione della convivenza al rapporto di ospitalità¹⁸, è soprattutto con la diffusione e rilevanza sociale acquisite progressivamente dalla famiglia non basata sul matrimonio¹⁹ che si avvalora il consolidamento delle posizioni

¹⁷ GRECO, F.: "Sulla legittimazione ad agire in spoglio del convivente *more uxorio*", cit., p. 968.

¹⁸ Una particolare menzione merita la decisione che anticipa l'apertura giurisprudenziale che si registrerà più avanti ammettendo, in favore del convivente *more uxorio*, la sussistenza di una situazione di detenzione qualificata, con tutela, *ex art. 1168 c.c.*, anche contro i chiamati all'eredità: Pret. Roma, 22 novembre 1975, *Giust. civ.*, 1976, I, p. 1721, con nota di PALMIERI, A.: "Detenzione dei familiari conviventi con il capofamiglia e della persona convivente *more uxorio ex art. 1168 c.c.*". Riguardo, invece, alla situazione dei conviventi appartenenti al medesimo nucleo familiare del conduttore, cfr. Cass., 7 ottobre 1971, n. 2753, *Foro it.*, 1972, c. 80 s., la quale affranca il diritto alla tutela possessoria dalla titolarità del rapporto di locazione, al fine di «tenere conto del vero fondamento della tutela» possessoria, la quale impone di porre attenzione alla situazione di fatto e alla necessaria relazione di detenzione per un interesse proprio, più che all'astratta titolarità del diritto reale o personale. Nel caso specifico si afferma la legittimazione all'esercizio dell'azione di spoglio da parte della suocera nei confronti della nuora che, dopo la morte del marito (figlio della donna), l'aveva estromessa dall'abitazione. Su tale pronuncia cfr. le osservazioni di GIUSTI, A. e SCARPA A.: "Le azioni possessorie e di enunciazione", in *Comm. Cod. civ.* Schlesinger, Milano, 1990, p. 103 s., ove si precisa che «tale concezione ad un'attenta indagine sempre più improntata ad un allentamento della rigidità con cui si esprimeva la tesi che ravvisava nel potere dei componenti della famiglia una mera detenzione subordinata per ragioni di ospitalità, che non ad un riconoscimento, pieno ed incondizionato, della tutela possessoria del familiare convivente». Riconosce una situazione di detenzione autonoma in favore di una figlia contro il procuratore speciale del padre Pret. Milano, 9 dicembre 1991, *Foro it.*, 1992, I, c. 2463 ss. In argomento v. BARASSI, L.: *Diritti reali e possesso*, II, *Il possesso*, Milano, 1952, p. 214.

¹⁹ Sul punto, CABELLA PISU, L., *Azioni possessorie*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 72; TENELLA SILLANI, C.: *Possesso e detenzione*, ivi, XIV, Torino, 1996, p. 23. TERRANOVA, C.G.: *La tutela possessoria del convivente estromesso dall'abitazione comune*, in FERRANDO, G., FORTINO, M., e RUSCELLO, F.: *Famiglia e matrimonio*, t. I, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, Milano, 2011, p. 1174. Per una tutela più ampia del convivente di fatto, Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 932 ss. – con commento di SATURNO, A.:

secondo le quali tali convivenze determinano, rispetto alla casa ove si svolge la vita in comune, un potere fondato su un autonomo interesse, non riconducibile a quello derivante da ragioni di mera ospitalità. Il convivente può ricorrere alla tutela possessoria, poiché alle unioni non basate sul matrimonio deve essere riconosciuta una tutela non meno ampia di quella attribuita alla famiglia coniugale²⁰. Nel prendere le distanze dal precedente orientamento – precisando²¹ che «la situazione del convivente *more uxorio*, in generale, non può [...] essere definita *sic et simpliciter* come quella di un ospite del convivente proprietario o conduttore» – si fa strada, opportunamente, la necessità di procedere ad una attenta analisi delle circostanze della singola fattispecie concreta (quali il lungo protrarsi della convivenza e la nascita dei due figli), le quali impongono di concedere al convivente *more uxorio* la legittimazione ad agire con l'azione di reintegrazione contro l'altro convivente, assegnatario di un alloggio di edilizia residenziale pubblica²², maturando altresì consapevolezza del fatto che «la soluzione giuridica della vicenda non può venire dalla valorizzazione dell'argomento che fa leva sulla diversa apprezzabilità della famiglia giuridica rispetto alla famiglia di fatto»²³.

“Famiglia di fatto e successione nel contratto di locazione”, e *Giur. it.*, 1988, I, p. 1628 ss., con commento critico di TRABUCCHI, A.: “Il diritto ad abitare la casa d'altri riconosciuto a chi non ha diritti!” [dello stesso autore vedi anche ID.: “Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?”, *ivi*, 1988, I, p. 19 ss.] – con la quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 2 e 3 cost., dell'art. 6, comma 3, l. 27 luglio 1978 n. 392, nella parte ove non prevedeva, tra i possibili successori *mortis causa* nella titolarità del contratto di locazione, il convivente *more uxorio* (affidatario di figli) del conduttore.

²⁰ Cass., 14 giugno 2012, n. 9786, *Giust. civ.*, 2012, I, p. 2318 ss., la quale nega che il convivente del proprietario sia compossessore dell'immobile e che possa usucapire, riconoscendogli «una posizione dipendente e recessiva, riconducibile alla detenzione autonoma, (qualificata dalla stabilità della relazione familiare e protetta dal rilievo che l'ordinamento a questa riconosce)». Considera inammissibile l'azione di reintegrazione da parte dell'assegnatario di alloggio di edilizia residenziale pubblica, esperita al fine di estromettere dall'abitazione il convivente *more uxorio*, Pret. Pordenone, 9 maggio 1995, *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 240 ss., con commento di LEPRE, A.: “Abitazione ‘parafamiliare’ e problemi possessori”. Pur mutando il proprio precedente pensiero (cfr. GAZZONI, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, p. 121 s.) – contrario all'esistenza di diritti che sopravvivano alla rottura del rapporto di fatto – parte della dottrina (ID., *Il diritto all'abitazione della casa parafamiliare*, *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 394) ha da tempo posto in evidenza che l'intenzione delle parti di realizzare un preciso e congiunto godimento costituisce indice non soltanto dell'esistenza di una fattispecie giuridicamente rilevante bensì soprattutto di un rapporto con il bene qualificabile in termini di condetenzione autonoma.

²¹ Pret. Firenze, 27 febbraio 1992, *Foro it.*, 1993, I, c. 1713. La convivenza *more uxorio* determina un potere di fatto sulla casa di abitazione basato su un interesse proprio, diverso da quello scaturente da ragioni di ospitalità, per Trib. Milano, 7 maggio 2008, *Fam. dir.*, 2009, p. 40 ss., con osservazioni di CAMPAGNOLI, M.C.: “Illegittimo lo spoglio violento del convivente di fatto”.

²² Pret. Firenze, 27 febbraio 1992, *o.l.u.c.*

²³ Trib. Perugia, 22 settembre 1997, *Foro it.*, 1997, I, c. 3687.

Pertanto, dopo aver individuato nei precedenti orientamenti degli «arcaismi non più insiti nell'attualità del rapporto familiare»²⁴, si riconosce al convivente di fatto una detenzione qualificata quale situazione provvista di tutela autonoma, anche contro lo spoglio perpetrato dall'altro convivente.

Si orienta sempre più in questa direzione la giurisprudenza recente, la quale se da un lato annovera la famiglia di fatto tra le formazioni sociali che, *ex art.* 2 cost., favoriscono lo sviluppo e la promozione della personalità di ogni componente, dall'altro individua a fondamento del godimento dell'abitazione da parte del convivente un interesse proprio in virtù di «un titolo a contenuto e matrice personale la cui rilevanza sul piano della giuridicità è custodita dalla Costituzione, sì da assumere i connotati tipici della detenzione qualificata»²⁵ e tale da legittimare – in una fattispecie di spoglio commesso dal convivente – il ricorso alla tutela *ex art.* 1168 c.c. Analogamente, là dove l'estromissione violenta o clandestina dall'abitazione sia compiuta (non già dal *partner* ma) dal terzo-proprietario dell'immobile, la convivente del comodatario-detentore qualificato può ricorrere alla tutela possessoria, la quale – secondo la Cassazione – ha «titolo in un negozio giuridico di tipo familiare»²⁶.

Il percorso compiuto testimonia una progressiva evoluzione delle risposte giurisprudenziali²⁷, sempre più favorevoli a considerare lesiva della dignità costituzionale della famiglia non basata sul matrimonio la riconduzione di quest'ultima al rapporto di ospitalità. Può ben dirsi, infatti, che il convivente *more uxorio* è titolare di una situazione soggettiva di detenzione autonoma, tutelata con il ricorso all'azione di reintegrazione, in conseguenza

²⁴ Trib. Perugia, 22 settembre 1997, *o.l.u.c.*

²⁵ Cass., 21 marzo 2013, n. 7214, *Giur. it.*, 2013, p. 2491 ss., con commento di FERRETTI, I.: «Convivenza *more uxorio* e tutela possessoria: un ulteriore tassello del diritto vivente sulla famiglia di fatto», nonché *Fam. dir.*, 2013, p. 649 ss., con commento di GABBANELLI, C.: «Il convivente *more uxorio* non è paragonabile a un mero ospite e in caso di estromissione violenta dall'abitazione è legittimato a esercitare le azioni a tutela del possesso», e *Corr. giur.*, 2013, p. 1532 ss., con commento di CARRATO, A.: «Se l'amore è eterno finché dura, quale tutela ha il convivente di fatto che viene estromesso dall'altro dal godimento dell'abitazione comune?». Cfr., inoltre, GUZZARDI, G.: «Convivenza *more uxorio* e tutela possessoria dell'immobile adibito a casa familiare», *Fam. dir.*, 2013, p. 1051 ss.

²⁶ Cfr. Cass., 2 gennaio 2014, n. 7, *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 937 ss., con commento di CICERO, C.: «*Legitimatio spoli* del convivente *more uxorio*»; *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 652, con nota di ESPOSITO, F.: «Famiglia di fatto e tutela possessoria del convivente»; *Fam. dir.*, 2014, p. 664 ss., con nota di RICCIO, A.: «Azione di spoglio a favore del familiare convivente contro il terzo». Cfr., inoltre, DI BENEDETTO, A.: «Il problema dell'estensione della tutela possessoria ai conviventi *more uxorio*», *Immobili&proprietà*, 2014, p. 363.

²⁷ Sul punto GRONDONA, M.: *La tutela possessoria del convivente: un'analisi giurisprudenziale*, cit., p. 367 s., sottolinea il passaggio da un approccio dogmatico – nel quale le circostanze di fatto assumono una portata limitata – ad uno intermedio, ove inizia ad affiorare l'influenza dell'ideologia del giudice, fino ad uno critico, nel quale la decisione è orientata alla massima risoluzione di problemi concreti.

dell'ampliamento dei confini del concetto di 'nucleo familiare' fino a comprendervi il convivente di fatto, nonché, contestualmente, in ragione della valorizzazione e promozione del diritto all'abitazione come bene costituzionalmente protetto, la tutela del quale, disancorata da preconcetti, consente di individuare nella stabile convivenza il titolo giustificativo della detenzione qualificata e della tutela possessoria²⁸.

IV. OPPORTUNITÀ DI DISTINGUERE IL PROBLEMA IN RELAZIONE ALLA PRESENZA DEI FIGLI: IL PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ GENITORIALE QUALE FONDAMENTO DELL'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE AL GENITORE AFFIDATARIO DI PROLE.

Nonostante il generale riconoscimento – nel solco della recente giurisprudenza – della famiglia non coniugale quale formazione sociale, *ex art. 2 cost.*, e la rilettura della disciplina del possesso e della detenzione alla luce della mutata sensibilità socio-culturale²⁹, appare opportuno evitare generalizzazioni e concentrare l'attenzione sulle peculiarità della singola convivenza. La problematica in ordine alla sorte dell'abitazione familiare, infatti, richiede un approccio differenziato a seconda che, da un lato, sussista il carattere della stabilità a fondamento della convivenza *more uxorio*, e, dall'altro, siano presenti figli naturali minori di età oppure economicamente non autosufficienti per ragioni non dipendenti dalla loro volontà.

Con riferimento ai caratteri identificativi della comunità familiare di fatto, giova osservare che non ogni convivenza legittima l'azionabilità della difesa possessoria da parte del convivente. Tale esito è consentito soltanto ove sia provata la sussistenza di un progetto di vita comune, basato su una relazione consolidata, socialmente identificabile, stabile e non sporadica, in grado di rappresentare per i suoi componenti una comunione di vita spirituale e materiale, connotata da reciproca solidarietà³⁰ e tale da differenziarsi rispetto ad una mera coabitazione³¹.

A ciò si aggiunga – con riferimento alla presenza dei figli – che l'esigenza di

²⁸ In questa direzione, CARBONE, E.: "Possesso e detenzione nella famiglia di fatto", *Riv. trim.*, 2011, p. 46 s.

²⁹ Sulla differenza tra il possesso e le diverse forme di detenzione, più recentemente, OMODEI SALÈ, R.: *La detenzione e le detenzioni*, cit., p. 41 ss. e TROISI B. e CICERO, C.: *I possessi*, in *Tratt. dir. civ. CNN* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2005, p. 46 ss.

³⁰ Approfondisce gli elementi costitutivi della convivenza *more uxorio* BALESTRA, L.: *La famiglia di fatto*, cit., p. 29 ss.

³¹ Nella stessa direzione, CARBONE, E.: "Possesso e detenzione nella famiglia di fatto", cit., p. 48. Distingue il mero rapporto occasionale dalla famiglia di fatto alla luce del criterio della stabilità, «che conferisce grado di certezza al rapporto di fatto sussistente tra le persone», Cass., 4 aprile 1998, n. 3503, *Foro it.*, 1998, I, c. 2154 ss.

protezione della prole «è suscettibile di dare la qualificazione massima al rapporto di detenzione»³², consentendo il ricorso a più intensi strumenti di tutela, idonei a garantire la protezione dell'interesse dei figli al godimento di un ambiente in grado di favorire lo sviluppo della loro personalità³³. La giurisprudenza più recente, infatti, collega la tutela possessoria al rimedio dell'assegnazione della casa familiare al convivente *more uxorio* affidatario di figli. Un importante intervento chiarificatore si rintraccia in una nota pronuncia della Corte costituzionale, la quale, nel sottolineare la *ratio* del provvedimento di assegnazione della casa familiare, ha precisato che la tutela del rapporto educativo e, soprattutto, del preminente interesse dei figli all'abitazione e al mantenimento forniscono all'interprete imprescindibili criteri al fine della risoluzione della problematica in esame, senza che, per le unioni di fatto, rilevi l'assenza del vincolo matrimoniale. Chiamata a pronunciarsi sulla conformità a Costituzione dell'art. 155, comma 4, c.c.³⁴, là dove non sanciva che i provvedimenti riguardanti l'assegnazione in godimento della casa familiare possano essere richiesti anche dal genitore naturale affidatario di prole, la Consulta si è opposta all'intervento caducatorio e, in seguito ad un'interpretazione sistematica e adeguatrice ai principi costituzionali, ha dichiarato la questione non fondata. In particolare, posta in luce la non utilità del ricorso all'analogia con la disciplina del modello familiare basato sul matrimonio³⁵, la Corte individua nell'assegnazione dell'abitazione in godimento al genitore affidatario – quale risultato dell'interpretazione sistematica della norma codicistica in stretta correlazione all'art. 30 cost.³⁶ – uno strumento di tutela in grado di trovare

³² Trib. Perugia, 22 settembre, 1997, cit. Nella stessa direzione, prima ancora, Trib. min. Bari, 11 giugno 1982, *Giur. Merito*, 1984, I, p. 597 ss., con nota conforme di DOGLIOTTI, M.: "Famiglia di fatto e competenza del Tribunale minorile"; Trib. Milano, 23 gennaio 1997, *Giur. it.*, 1998, p. 704 ss., con nota di CHINÈ, G. In seguito alla cessazione della convivenza *more uxorio*, il giudice ordinario può disporre, ex art. 700 c.p.c., l'assegnazione della casa in favore del genitore, ancorché non proprietario, esercente la potestà sul figlio minore, secondo Trib. Foggia, 9 agosto 2002, *Famiglia*, 2003, p. 248 ss., con commento di CUBEDDU, M.G.: "Interessi di figli naturali e legittimi nell'assegnazione della casa familiare". Per un'attenta analisi della problematica dell'assegnazione della casa familiare in attuazione del principio costituzionale di tutela della personalità dei figli, nell'esperienza italiana e in quella spagnola, CARAPEZZA FIGLIA, G., e DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Interessi rilevanti nell'assegnazione della casa familiare. Un confronto tra le esperienze spagnola e italiana", *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 267 ss.

³³ Sull'interesse della prole quale *ratio* dell'assegnazione della casa familiare, IRTI, C.: *Affidamento condiviso e casa familiare*, Napoli, 2010, p. 53 ss.

³⁴ In seguito alle modifiche apportate dall'art. 5, d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154, il vigente articolo 155 c.c. sancisce che «In caso di separazione, riguardo ai figli, si applicano le disposizioni contenute nel Capo II del titolo IX».

³⁵ Analogia invece applicabile, limitatamente a taluni profili di disciplina, secondo PROSPERI, F.: *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino-Napoli, 1980, p. 256 ss.

³⁶ Sull'esigenza di un'ermeneutica rinnovata, sistematica e necessariamente attuativa dei principi costituzionali, si rinvia agli scritti, sempre attuali, di PERLINGIERI, P.:

applicazione anche in ipotesi di filiazione naturale³⁷. Pertanto, in attuazione del principio dell'unicità dello *status* di figlio, in séguito ispiratore dell'importante riforma³⁸ in favore della piena eguaglianza tra la filiazione nell'ambito del matrimonio e quella al di fuori di esso, si conferisce decisivo rilievo all'argomento secondo il quale «la fonte dell'obbligo *de quo agitur* [che impone ai genitori di mantenere i figli anche tramite l'obbligo di garantire una idonea dimora] è unica, ma sufficiente: quella del rapporto di filiazione», sì che anche per la convivenza di fatto, «allorché vi siano figli minori o maggiorenni non economicamente autosufficienti, [l'assegnazione della casa familiare] deve quindi regolarsi mediante l'applicazione del principio di responsabilità genitoriale, il quale postula che sia data tempestiva ed efficace soddisfazione alle esigenze di mantenimento del figlio, a prescindere dalla qualificazione dello *status*»³⁹, con temporaneo sacrificio del diritto reale

L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi, 1985, e ID.: *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, 2010, ora entrambi in ID.: *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012, rispettivamente pp. 127 ss. e 307 ss., nonché sul rapporto di immedesimazione tra interpretazione sistematica ed adeguatrice, ID.: *Giustizia secondo costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in FEMIA, P. (a cura di): *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 27 ss. Condividono tale prospettiva metodologica VELLUZZI, V.: *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, p. 65 ss.; MADDALENA, P.: "Interpretazione sistematica e assiologica del diritto", *Giust. civ.*, 2009, II, p. 65 ss.; PENNASILICO, M.: *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 185 ss. (ove l'interpretazione c.d. evolutiva dei contratti è definita una «peculiare declinazione dell'interpretazione sistematica ed assiologica») e PERLINGIERI, G. e CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Introduzione*, in ID.: *L'interpretazione secondo Costituzione nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, Napoli, 2012, p. 9 ss. Con particolare riferimento all'interpretazione evolutiva BETTI, E.: *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, 1959, in ID.: *Diritto Metodo ed Ermeneutica*, Milano, 1991, p. 523 ss. e DONATO, V.: *La dottrina e la giurisprudenza italiana in tema di interpretazione evolutiva dei contratti*, *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 638 ss.

³⁷ Secondo BALESTRA, L.: "Gli effetti della dissoluzione della convivenza", *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 494, la pronuncia, nel creare tramite l'interpretazione sistematica, una nuova norma, è mossa dall'intento di evitare espliciti attacchi alla famiglia fondata sul matrimonio.

³⁸ Attuata con legge delega 10 dicembre 2012, n. 219 e con decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154. Sul punto sia consentito rinviare a CLARIZIA, O.: "Innovazioni e problemi aperti all'indomani del decreto legislativo attuativo della riforma della filiazione", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 597 ss.

³⁹ Corte cost., 13 maggio 1998, n. 166, cit. Aderisce a tale posizione, tra gli altri, PORCELLI, G.: *La rottura della convivenza di fatto*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da Zatti, I, t. 2, 2002, p. 1507 ss. Cfr., inoltre, RICCIO, D.: *La famiglia di fatto*, Padova, 2007, p. 508 ss. Mette in risalto lo spirito innovatore della pronuncia – la quale, anticipando la riforma sulla filiazione del 2012, individua il fondamento della filiazione nella procreazione e non già nel matrimonio – FERRANDO, G.: "Crisi della famiglia di fatto, tutela dei figli naturali", cit., spec. p. 685. Per un confronto con la giurisprudenza spagnola, riguardo alla necessaria tutela dell'interesse dei figli quale *ratio* dell'assegnazione della casa familiare (anche) nell'ambito della famiglia non coniugata, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., in CARAPEZZA FIGLIA G. e ID.: "Problemi dell'assegnazione della casa familiare nella giurisprudenza italiana e

dell'altro convivente.

Si pone in tale direzione anche la giurisprudenza di legittimità, la quale consente l'attribuzione giudiziale del diritto di continuare ad abitare nella casa familiare al convivente al quale sono affidati i figli proprio in virtù della valenza riconosciuta dal delineato orientamento giurisprudenziale al principio di responsabilità genitoriale, «immanente nell'ordinamento e ricavabile dall'interpretazione sistematica» della normativa costituzionale (art. 30 cost.) e dei diritti e doveri dei genitori verso i figli⁴⁰. Ne consegue che, il genitore affidatario di figli, «anche nelle convivenze di fatto [...] in virtù dell'*affectio* che costituisce il nucleo costituzionalmente protetto (*ex* art. 2 Cost.) della relazione di convivenza, è comunque detentore qualificato dell'immobile ed esercita il diritto di godimento su di esso in posizione del tutto assimilabile al comodatario, anche quando proprietario esclusivo sia l'altro convivente»⁴¹. Dopo aver chiarito che la giustificazione si rinviene in un doppio titolo, costituito, il primo, dalla convivenza di fatto con il proprietario dante causa e il secondo dalla destinazione dell'immobile a casa familiare, la pronuncia sottolinea che la predetta condizione di detentore qualificato assicura l'opponibilità infranovenale nei confronti del terzo acquirente dell'immobile e che alcun rilievo assume l'anteriorità dell'atto di alienazione rispetto al

spagnola", *Foro nap.*, 2013, p. 33 s., nonché per l'analisi della giurisprudenza italiana CARAPEZZA FIGLIA G., *ivi*, p. 39 ss.

⁴⁰ Cfr. Cass., 26 maggio 2004, n. 10102, *Foro it.* (2004), I, c. 2742 ss., ove si chiarisce che è «conforme alla legge, qualora, ne ricorrano le condizioni, disporre che il genitore, legittimo o naturale, adempia in forma specifica, con sacrificio temporaneo del proprio diritto reale (nel caso di specie, contitolarità di usufrutto) o di godimento, il dovere di apprestare idonea dimora, secondo le proprie capacità economiche, alla prole». Tale orientamento è confermato altresì da Corte cost., 21 ottobre 2005, n. 394, *Corr. giur.* (2005), p. 1675 ss., con commento di CARBONE, V.: «Anche il genitore affidatario di figli naturali può trascrivere il titolo di assegnazione della casa familiare», ove, interpretando la normativa codicistica in funzione del principio della responsabilità genitoriale e dell'eguaglianza tra figli, si sancisce che anche il genitore affidatario di figli naturali, in séguito alla crisi della famiglia di fatto, può trascrivere il titolo di assegnazione della casa familiare ove non risulti titolare di diritti reali. Sul tema cfr. GAZZONI, F.: «Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale», nota a Trib. Pisa, 27 febbraio 2008, *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 737 ss. Si ricordi, inoltre, che secondo il vigente art. 337 *sexies*, comma 1, c.c. e, prima ancora, in base al contenuto dell'art. 155 *quater* c.c., nel primo trasposto, «il provvedimento di assegnazione [della casa familiare] e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643 c.c.». Per un'analisi di tale disciplina, FREZZA, G.: «Il nuovo art. 337 *sexies* c.c.: appunti e spunti», *Archivio giuridico*, 2014, p. 163 ss.

⁴¹ Così, incisivamente, Cass., 11 settembre 2015, n. 17971, consultabile sulla banca dati online *dejure*, la quale accoglie l'esercizio dell'azione revocatoria del convivente-detentore qualificato poiché il terzo, al quale il *partner* non assegnatario aveva alienato l'immobile, aveva consapevolmente contribuito alla realizzazione del disegno volto alla sottrazione del bene dal patrimonio del debitore.

provvedimento di assegnazione della casa familiare⁴².

In conformità a tale impostazione metodologica, il legislatore ha sancito una ricostruzione unitaria della materia dell'assegnazione della casa familiare con la legge sull'affido condiviso (l. 8 febbraio 2006, n. 54), la quale ha previsto, all'art. 4, comma 2, l'applicazione di tali disposizioni anche ai procedimenti riguardanti i figli di genitori non coniugati e, in maniera ancor più evidente, ha precisato, all'art. 155 *quater* c.c. (rubricato Assegnazione della casa familiare e prescrizioni in tema di residenza) – ora abrogato⁴³ ma testualmente trasposto nell'art. 337, *sexies*, c.c., introdotto dalla riforma in materia di filiazione⁴⁴ – che «il godimento della casa familiare è attribuito *tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli*».

La conformità dell'intervento riformatore all'elaborazione giurisprudenziale citata consente di annoverare, nell'area semantica del termine 'figli', *ex art.* 337 *sexies* c.c., anche la prole naturale, sì che, in occasione della crisi tanto della coppia coniugata quanto di quella convivente di fatto, il valore costituzionale dell'eguaglianza tra figli e la tutela della filiazione orientano la scelta dell'interprete in favore dell'assegnazione della casa familiare al genitore affidatario di figli, sebbene non titolare di diritti reali o personali di godimento sull'immobile, senza che assuma rilievo la circostanza che il rapporto tra i genitori sia di fatto oppure istituzionalizzato nel vincolo matrimoniale. Pertanto, nel bilanciamento tra gli opposti valori, la salvaguardia dell'interesse della prole alla conservazione di un tranquillo contesto abitativo familiare, nonché il principio della responsabilità genitoriale e dell'unicità dello stato di figlio appaiono preminenti rispetto alla tutela del diritto di proprietà o di godimento dell'altro convivente o del terzo. Il godimento della casa, in quanto funzionalmente preordinato al predetto scopo, risulta, per il genitore affidatario, temporalmente circoscritto in relazione ad esso.

⁴² Cass., 11 settembre 2015, n. 17971, cit. La sentenza richiama Cass., 26 luglio 2002, n. 11096, *Giust. civ.*, 2003, I, p. 93 ss., secondo la quale il provvedimento di assegnazione della casa familiare, in caso di divorzio o di separazione personale, è opponibile al terzo acquirente dell'immobile in data successiva, anche se il predetto provvedimento non sia stato trascritto, per il novennio decorrente dall'assegnazione, nonché dopo il novennio se il titolo sia stato precedentemente trascritto. Sul tema, con riferimento all'assegnazione della casa coniugale in seguito alla crisi, Cass., Sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, *Corr. giur.*, 2004, p. 1439 ss., con commento di QUADRI, E., "Comodato e 'casa familiare': l'intervento delle Sezioni unite". Più ampie precisazioni in Cass., 29 settembre 2014, n. 20448, *ivi*, 2015, p. 14 ss., con commento di ID.: "Il nuovo intervento delle Sezioni Unite in tema di comodato e assegnazione della «casa familiare»".

⁴³ Cfr. l'art. 106, d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

⁴⁴ Cfr. l'art. 55, d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

V. *SEGUE*. COMPOSIZIONE DEI RAPPORTI ABITATIVI IN ASSENZA DI FIGLI. IMPOSSIBILITÀ DI RICORRERE ALLO STRUMENTO DELL'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE IN DIFESA DEL CONVIVENTE ECONOMICAMENTE PIÙ DEBOLE.

In assenza di figli, la composizione dei rapporti abitativi nella fase patologica di una convivenza *more uxorio* risponde a esigenze diverse da quelle connesse alla problematica del loro affidamento.

Molteplici sono le motivazioni che, in astratto, potrebbero orientare la scelta in favore dell'assegnazione della casa familiare ad un convivente piuttosto che all'altro. Tra queste non rilevano ragioni di natura strettamente economica, attinenti a situazioni del tutto personali del convivente che agisce in giudizio contro lo spoglio altrui. Come chiarito da una parte della giurisprudenza⁴⁵, infatti, il predetto strumento dell'assegnazione non può perseguire lo scopo di aiutare colui il quale sia economicamente più debole. A tal riguardo una pronuncia⁴⁶, ormai risalente ma efficace nella ricostruzione

⁴⁵ Cass., 23 aprile 1982, n. 2494, *Foro it.*, 1982, c. 1895 ss., secondo la quale l'art. 155, comma 4, c.c., allora vigente, ha carattere eccezionale e non è applicabile analogicamente – e neppure in via di interpretazione estensiva – al di fuori della fattispecie espressamente prevista, della quale l'esistenza della prole (minorenne) e l'esigenza di provvedere all'affidamento della medesima rappresentano imprescindibili elementi costitutivi. Si allineano a tale prospettiva Cass., 28 ottobre 1995, n. 11297, *Giust. civ.*, 1996, I, p. 45 ss., con nota di MARINELLI F. e, *ivi*, p. 725 ss., con commento di FREZZA, G.: "L'assegnazione della casa familiare al coniuge affidatario nella separazione e nel divorzio" (cfr., inoltre, ID., "Casa familiare e figli maggiorenni, tra convivenza e mantenimento", nota a Cass., 22 aprile 2002, n. 5857, *ivi*, 2002, I, p. 180 ss.); *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, p. 517 ss., con commento di QUADRI, E.: "Assegnazione della casa familiare, interesse della prole e tutela del coniuge", il quale osserva che l'apertura determinata dall'art. 6, comma 6, l. div., in favore della tutela dei figli maggiorenni aveva determinato un mutamento tale da far perdere rilievo al principale argomento utilizzato dalla decisione del 1982, fondato sull'esigenza di evitare interpretazioni che impedissero di circoscrivere temporalmente la durata dell'assegnazione della casa coniugale. Successivamente, tra le altre, Cass., 23 marzo 2007, n. 6979, *ivi*, 2007, I, p. 1160 ss., con commento di ID.: "Assegnazione della casa familiare: gli interessi rilevanti alla luce della nuova disciplina dell'affidamento", ove si illustrano le ragioni che consentono di non modificare la portata del regime dell'assegnazione della casa familiare in séguito alla disciplina introdotta dalla l. n. 54/2006 (confronta, inoltre, QUADRI, E.: "Vicende dell'assegnazione della casa familiare e interesse dei figli", nota a Corte cost., 30 luglio 2008, n. 308, *Corr. giur.*, 2008, p. 1663 ss.); Cass., 21 gennaio 2011, n. 1491, *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Separazione di coniugi*, n. 168; di recente Cass., 22 luglio 2015, n. 15367, consultabile sulla banca dati *dejure online*. Diversamente, l'istituto dell'assegnazione della casa familiare funge da strumento per realizzare il mantenimento del coniuge privo di adeguati redditi propri per Cass., 11 aprile 2000, n. 4558, *Rep. Foro it.*, 2000, *Separazione di coniugi*, n. 73; Cass., 7 luglio 1997, n. 6106, *ivi*, 1998, voce *Separazione di coniugi*, n. 69. Sul tema FINOCCHIARO, A.: "Può il giudice della separazione assegnare l'abitazione della casa familiare al coniuge cui non vengono affidati i figli?", *Giust. civ.*, 1981, I, p. 137.

⁴⁶ Cass., 23 aprile 1982, n. 2494, cit.

della *ratio* della disciplina dell'istituto in questione, ha chiarito che l'assegnazione non può rappresentare il mezzo per adempiere all'obbligo di mantenimento in favore del convivente che ne abbia diritto. Siffatta posizione, espressa con riferimento alla famiglia fondata sul matrimonio, deve reputarsi ferma, in assenza di figli, anche là dove la comunità familiare non sia basata sul vincolo matrimoniale⁴⁷.

Per le medesime motivazioni, il godimento della casa familiare mal si concilia con la necessità di riequilibrare, nella sfera interna, i rapporti patrimoniali tra i conviventi⁴⁸. In queste ultime fattispecie, le esigenze di tutela della sfera patrimoniale ingiustamente lesa potranno ricevere soddisfazione per il tramite dell'istituto dell'arricchimento senza causa⁴⁹, il quale – ove non si tratti di prestazioni che costituiscono adempimento di un dovere morale o sociale, *ex art.* 2034 c.c., e ove non siano rispettati i limiti di proporzionalità e di adeguatezza⁵⁰ – consente, in assenza di altra azione esperibile⁵¹, il

⁴⁷ La mancata estensione analogica dell'art. 155 *quater* c.c. al coniuge senza figli discende – come affermato da CARAPEZZA G., in ID. e DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Problemi dell'assegnazione della casa familiare nella giurisprudenza italiana e spagnola”, cit., p. 33 s. – non già dalla sua pretesa natura eccezionale quanto dall'accoglimento di una prospettiva funzionale, la quale valorizza lo scopo di promuovere gli interessi esistenziali dei figli.

⁴⁸ Ciò non esclude che tale esito possa derivare da autonome scelte dei conviventi: TRIMARCHI, G.A.M.: “*Negoziio di destinazione nell'ambito familiare e nella famiglia di fatto*”, *Notariato*, 2009, p. 437, il quale, con riferimento all'utilizzo dell'art. 2645 *ter* c.c. nella convivenza di fatto, precisa che «un convivente p[uo] destinare un immobile (nei limiti di tempo previsti dalla legge) al riequilibrio delle differenze patrimoniali tra se stesso e l'altro (convivente) per l'ipotesi di cessazione della convivenza».

⁴⁹ Sulla conciliabilità logico-giuridica tra la disciplina dell'arricchimento senza causa e la convivenza di fatto e sui requisiti che orientano la scelta tra il ricorso a tale disciplina oppure a quella dettata in materia di adempimento delle obbligazioni naturali, Cass., 15 maggio 2009, n. 11330, *Giur. it.*, 2009, p. 2408 ss., sulla quale cfr. i commenti di CATALANO, R.: “Prestazioni tra conviventi «*more uxorio*» ed azione di arricchimento: la Corte di cassazione sulla causa degli spostamenti patrimoniali nelle unioni adulterine”, *Dir. giur.*, 2010, p. 75 ss., e di GELLI, R.: “Il regime delle prestazioni di «dare» nella convivenza tra obbligazione naturale del «*solvens*» ed arricchimento senza causa dell'«*accipiens*»”, *Fam. dir.*, 2010, p. 384 ss. In dottrina, sia pure con diverse posizioni, GAZZONI, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 129 ss.; OBERTO, G.: *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, p. 105 ss.; PANICO, G.: “Sull'esperibilità dell'azione di ingiustificato arricchimento nel caso di cessazione della convivenza *more uxorio*”, *Giur. it.*, 1997, p. 255 ss.; D'ANGELI, F.: *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, rist. Torino, 2001, pp. 86 ss. e 89, ove si distingue tra prestazioni volte al soddisfacimento del *ménage*, irripetibili in quanto rappresentano adempimenti di obbligazioni naturali tese alla contribuzione ai bisogni familiari, e attribuzioni che si pongono di là da tale normale contribuzione, in relazione alle quali si applica la disciplina dell'ingiustificato arricchimento.

⁵⁰ Nell'ambito della convivenza di fatto, chiarisce i presupposti in assenza dei quali non può effettuarsi il ricorso alla disciplina delle obbligazioni naturali Cass., 13 marzo 2003, n. 3713, *Giur. it.*, 2004, p. 530 ss., con nota di DI GREGORIO, P.: “Convivenza ‘*more uxorio*’ e accessione: nuovi spunti di riflessione” (la pronuncia è altresì commentata da CICERO, C.:

riequilibrio della sfera giuridica depauperata a causa di spostamenti patrimoniali ingiustificati, esclusivamente a vantaggio dell'altro convivente⁵².

Disegnata la sfera applicativa della decisione in ordine al godimento della casa adibita a residenza familiare esclusivamente in ragione della sua preordinazione alla tutela dei valori esistenziali sottesi al comune progetto di vita, si sottolinea l'esigenza di giungere a soluzioni rispettose della libera autodeterminazione dei conviventi e della loro volontà di non sottoporsi alle regole applicabili in ipotesi di sussistenza del vincolo coniugale.

VI. SODDISFACIMENTO DELLE ESIGENZE ABITATIVE TRAMITE: CONTRATTI ATIPICI DI CONVIVENZA; COMODATO VITA NATURAL DURANTE E NEGOZI, GRATUITI, COSTITUTIVI DI USUFRUTTO VITALIZIO. DISCUSSA APPLICABILITÀ DELL'ART. 2645 TER C.C. AI RAPPORTI FAMILIARI DI FATTO.

Nel procedere secondo tali linee evolutive, il conflitto tra conviventi sul godimento dell'abitazione familiare è agevolmente risolvibile ove le parti utilizzino strumenti di autoregolamentazione dei propri interessi al fine di disciplinare i loro rapporti patrimoniali in seguito alla crisi. Si vedrà che, anche in assenza di questi ultimi, la prospettiva preferibile si pone nella direzione di riconoscere al convivente – sia pure senza figli – la qualità di detentore qualificato e la conseguente tutela possessoria *ex art.* 1168 c.c.

Il modello di convivenza non fondato sul matrimonio non può reputarsi

“Attribuzioni patrimoniali tra conviventi *'more uxorio'*”, *Riv. giur. Sarda*, 2005, I, p. 267 ss.), la quale considera non applicabile la disciplina dettata dall'art. 2034 c.c. se la prestazione patrimoniale determina un esclusivo arricchimento a vantaggio dell'altro convivente e non sussiste alcun rapporto di proporzionalità rispetto al patrimonio e alle condizioni economiche del *solvens*. Ampi approfondimenti sull'impiego dei diversi schemi ricostruttivi, utilizzati in giurisprudenza, in ipotesi di contributi tra conviventi, in FERRANDO, G.: “Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento”, cit., spec. p. 724 ss.

⁵¹ Cfr., tuttavia, Cass., 30 novembre 2011, n. 25554, *Foro it.*, 2012, I, c. 1097 ss., ove si considera esperibile l'azione di arricchimento proposta dal convivente proprietario di un bene nei confronti dell'altro che ne abbia goduto senza titolo, indipendentemente dalla possibilità del proprietario di chiedere la restituzione del bene, non potendo quest'ultimo rimedio escludere il ricorso alla disciplina sancita dagli artt. 2041 e 2042 c.c. sulla base della sua sussidiarietà.

⁵² Recentemente, indica i presupposti necessari per l'esercizio dell'azione di arricchimento contro l'*ex* convivente Cass., 22 settembre 2015, n. 18632, consultabile sulla banca dati *dejure online*, secondo la quale è «possibile configurare l'ingiustizia dell'arricchimento da parte di un convivente *'more uxorio'* nei confronti dell'altro in presenza di prestazioni a vantaggio del primo esulanti dal mero adempimento delle obbligazioni nascenti dal rapporto di convivenza – il cui contenuto va parametrato sulle condizioni sociali e patrimoniali dei componenti della famiglia di fatto – e travalicanti i limiti di proporzionalità e di adeguatezza».

vulnerato nella sua spontaneità⁵³ là dove il riconoscimento di garanzie scaturisca dal ricorso all'autonomia privata⁵⁴, grazie all'impiego di contratti di convivenza, giuridicamente vincolanti purché meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico⁵⁵, con i quali le parti, sin dall'inizio oppure in occasione della crisi, stabiliscono la disciplina degli aspetti patrimoniali della convivenza o le conseguenze della loro cessazione, ben potendo prevedere specifiche pattuizioni volte a concedere l'uso e il godimento della casa adibita a residenza familiare ad uno soltanto dei conviventi benché l'immobile sia di proprietà esclusiva dell'altro o di entrambi⁵⁶. La giurisprudenza, dal suo canto, ha da tempo dichiarato la validità di contratti che, nell'ambito di una convivenza di fatto, sanciscano l'attribuzione di diritti di natura patrimoniale sull'immobile adibito a casa familiare, quale, ad esempio, un comodato vita natural durante stipulato a favore della convivente per consentirle di disporre di adeguata abitazione, rintracciando le coordinate della validità di siffatto

⁵³ Sul punto, DEL PRATO, E.: "Patti di convivenza", *Famiglia*, 2002, p. 959 ss.

⁵⁴ Sul tema, OBERTO, G.: "Convivenza (contratti di)", *Contr. impr.*, 1991, p. 369 ss.; FRANZONI, M.: "I contratti tra conviventi *more uxorio*", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 737 ss.; ID., *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi*, II, *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. diretto da Bonilini e Cattaneo*, Torino, 1997, p. 461 ss.; DORIA, G.: *Autonomia privata e "causa" familiare*, Milano, 1996, p. 39 ss., con particolare attenzione ai rapporti tra autonomia privata e causa familiare; QUADRI, E.: "Rilevanza attuale della famiglia di fatto ed esigenze di autoregolamentazione", *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 301 ss., nonché ID.: "Problemi giuridici attuali della famiglia di fatto", *Fam. dir.*, 1999, p. 507; MOSCATI, E. e ZOPPINI, A. (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002; MAURA, A.: "La validità dei c.d. «contratti di convivenza» e l'applicabilità ai conviventi *more uxorio* in via analogica delle disposizioni codicistiche concernenti i diritti e doveri reciproci dei coniugi", *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 908 ss.; BALESTRA L.: "La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione", *ivi*, 2007, II, p. 194 ss.; BOCCHINI, F.: *Diritto di famiglia: le grandi questioni*, Torino, 2013, pp. 296 ss. e spec. 298, ove si rinviene la causa dei patti di convivenza nella «strutturazione della vita convissuta» (corsi originali); BASSETTI, R.: *Contratti di convivenza e di unioni civili*, Torino, 2014, p. 13 ss. e OBERTO, G.: "I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e accordi prematrimoniali)", *Fam. dir.*, 2015, p. 165 ss. Cfr., altresì, bibliografia citata in nota n. 56.

⁵⁵ Riferisce il giudizio di meritevolezza non soltanto ai contratti atipici bensì anche a quelli tipici, superando la predetta distinzione, PERLINGIERI, P.: *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 395 s., e ID., *Nuovi profili del contratto*, *ivi*, p. 423. Attribuisce alla meritevolezza il compito di accertare la volontà delle parti di giuridicizzare il vincolo pattizio GAZZONI, F.: *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, *Riv. dir. civ.*, 1978, I, pp. 57 ss. e 63.

⁵⁶ Sul punto cfr. GAZZONI, F.: *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., spec. p. 165 s.; OBERTO, G.: *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive in Italia e in Europa*, Padova, 2012, p. 54 ss.; SPADAFORA, A.: *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, *passim*; DELLE MONACHE, S.: "Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale. (Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)", *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 954 ss., con particolare attenzione alle attribuzioni traslative di natura «premiale» e alle attribuzioni «liquidatorie». Con riferimento al potere di disposizione in ambito familiare, ANGELONI, F.: *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997.

negozio nella conformità a norme imperative, ordine pubblico e buon costume⁵⁷. In tale direzione, e in ragione del graduale riconoscimento di diritti a tutela della posizione giuridica del convivente, si è progressivamente diffuso nella prassi l'impiego di negozi a titolo gratuito⁵⁸, con fondamento nell'unione di fatto, costitutivi di usufrutto vitalizio in favore della convivente⁵⁹, ovvero contratti atipici o negozi unilaterali attributivi di diritti reali sulla casa familiare⁶⁰.

Discussa, invece, è la possibilità di soddisfare le esigenze abitative per il tramite della costituzione, da parte del proprietario-convivente, di un vincolo di destinazione, *ex art. 2645 ter*⁶¹, il quale, pur non determinando il trasferimento del diritto di proprietà, persegue l'interesse, meritevole di tutela, di garantire al *partner* il godimento di un'abitazione idonea a garantire una vita dignitosa. Tale scelta applicativa – di là dalla preoccupazione, tutt'altro che remota, manifestata da una parte della dottrina⁶², di evitare il

⁵⁷ Cass., 8 giugno 1993, n. 6381, *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 339 ss., con nota di BERNARDINI, M.: "Una convenzione patrimoniale nell'ambito della c.d. famiglia di fatto: il comodato vita natural durante", e *Corr. giur.*, 1993, p. 947 ss., con commento di CARBONE, V.: "Casa in comodato vita natural durante per una breve convivenza *more uxorio*". Nel caso specifico il proprietario, dopo aver attribuito il godimento dell'immobile alla convivente, agiva in giudizio per chiederne la restituzione sul presupposto della nullità del relativo contratto di comodato, in quanto fondato su una relazione *more uxorio*. Approfondisce il tema del comodato vita natural durante, finalizzato al godimento della casa familiare nell'ambito della famiglia fondata sul matrimonio, CALVO, R.: *Affectio coniugalis e godimento gratuito della casa destinata alla famiglia*, in ID. e CIATTI, A. (a cura di): *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno e da Gabrielli, Torino, 2014, p. 250 ss.

⁵⁸ Trattasi di contratti con 'causa familiare', secondo FERRANDO, G.: "Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento", cit., p. 729.

⁵⁹ Trib. Savona, 7 marzo 2001, *Fam. dir.*, 2001, p. 529 ss., con commento di DOGLIOTTI, M.: "La forza della famiglia di fatto e la forza del contratto. Convivenza *more uxorio* e presupposizione".

⁶⁰ Trib. Bologna, 16 febbraio 2011, *Fam. dir.*, 2012, p. 403 ss., con commento di BARDARO, L.: "La qualificazione del contratto immobiliare tra conviventi", e *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 749 ss., con commento di COLELLA, M.: "Rapporti patrimoniali tra conviventi e uso dello strumento contrattuale". Sull'impiego di contratti atipici volti alla regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra i conviventi, anche nella fase patologica del legame, Trib. Savona, 24 giugno 2008, *Fam. dir.*, 2009, p. 389 ss., con commento di ASTIGGIANO, F.: "La possibilità di contrattualizzazione dei rapporti patrimoniali tra i *partners* che compongono la famiglia di fatto", e Trib. Palermo, 3 febbraio 2002, con massima consultabile sulla banca dati *pluris cedam*.

⁶¹ Per una ricostruzione delle diverse posizioni, BENNI DE SENA, A.: "Atti di destinazione patrimoniale *ex art. 2645 ter c.c.* e interessi familiari meritevoli di tutela", *Fam. dir.*, 2015, p. 912 ss.

⁶² PERLINGIERI P. e FEDERICO, A.: *Manuale di diritto civile*, 7^a ed., Napoli, 2014, p. 689 s., ove si sottolinea la necessità di un'attenta verifica circa la congruità e giuridica necessità della destinazione del bene al raggiungimento del fine sotteso alla destinazione [più ampi

rischio di sovrapposizioni con i tradizionali istituti del codice civile, ben potendo, nel caso specifico, conseguire analoghi effetti con la costituzione di un diritto reale di usufrutto o di abitazione – appare di agevole configurazione soltanto ammettendo – come appare opportuno – l’impiego dell’art. 2645 *ter* c.c. (anche) ai rapporti familiari non fondati sul matrimonio, in ragione delle prospettive di tutela a presidio della disciplina e in considerazione della creazione di un patrimonio non oggetto di esecuzione e non aggredibile da parte dei creditori del disponente-proprietario per obbligazioni non riconducibili allo scopo che conforma la destinazione⁶³.

approfondimenti in FEDERICO, A.; “Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari”, *Rass. dir. civ.*, 2007, pp. 621 ss. e 632; cfr., inoltre, ID.: *L’arbitraria riconduzione nell’alveo dell’art. 2645 ter c.c. di schemi tipici e di operazioni atipiche estranee alla destinazione di beni*, in CALVO, R., e CIATTI, A. (a cura di): *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., p. 602 ss.]. Richiama l’attenzione sulla necessità di vagliare attentamente la meritevolezza di tutela dell’interesse – intesa non già quale sinonimo di liceità ma come ‘strumento di selezione di valori’ – al fine di evitare la disparità di trattamento derivante dall’applicazione della disciplina del fondo patrimoniale alla famiglia fondata sul matrimonio, rispetto all’applicazione dell’art. 2645 *ter* c.c. ai bisogni della famiglia di fatto, GABRIELLI, G.: “Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari”, *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 329 ss. Sottolinea il rischio che il ricorso all’art. 2645 *ter* c.c. determini la violazione di norme imperative, previste in materia di destinazioni patrimoniali tipiche, PERLINGIERI, G.: “Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione *ex* art. 2645 *ter* c.c.”, *Foro nap.*, 2014, p. 83 ss. Sulle convergenze più significative e sui punti di frizione tra la disciplina del fondo patrimoniale e quella sancita dall’art. 2645 *ter* c.c., CIATTI, A.: *Dal fondo patrimoniale all’art. 2645 ter*, in CALVO, R., e CIATTI, A. (a cura di), *o.c.*, p. 115 ss. Sul tema cfr., inoltre, BULLO, L.: *Sub art. 2645 ter c.c.*, in *Comm. al cod. civ.* a cura di Cian, Padova, 2009.

⁶³ Ammettono il ricorso allo strumento previsto dall’art. 2645 *ter* c.c. nell’ambito della convivenza *more uxorio* TRIMARCHI, G.A.M.: “Negozio di destinazione nell’ambito familiare e nella famiglia di fatto”, cit., p. 436, per il quale «non può aversi alcun ragionevole dubbio in ordine alla legittimità di vincoli di destinazione posti in essere da parte dei conviventi a carico di beni immobili o mobili registrati a beneficio dell’altro, o a beneficio dei figli»; OBERTO, G.: *I diritti dei conviventi: realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., pp. 84 ss. e 90 ss.; ID.: *Vincoli di destinazione e famiglia di fatto: Generalità. Differenze rispetto al fondo patrimoniale*, in CALVO, R., e CIATTI, A. (a cura di), *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., p. 232 ss.; VECCHIO, G.: “Profili applicativi dell’art. 2645 *ter* in ambito familiare”, *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 795 ss.; QUADRI, R.: “L’art. 2645 *ter* e la nuova disciplina degli atti di destinazione”, *Contr. impr.*, 2006, p. 1758, secondo il quale l’art. 2645 *ter* «potrebbe risultare uno strumento di opportuna apertura della destinazione patrimoniale a tutte quelle ipotesi escluse dalla disciplina del fondo patrimoniale, prime tra tutte la destinazione nell’interesse della c.d. famiglia di fatto»; FALLETTI, E.: *La famiglia di fatto: la disciplina dei rapporti patrimoniali tra i conviventi*, in OBERTO, G.: *Gli aspetti patrimoniali della famiglia. I rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi nella fase fisiologica ed in quella patologica*, Padova, 2011, p. 83 ss. Riconosce all’art. 2645 *ter* c.c. una possibile applicazione nell’ambito della famiglia di fatto, purché, come per la comunità familiare fondata sul matrimonio, «la destinazione atipica sia volta alla realizzazione di interessi riferibili non genericamente alla famiglia nel suo complesso ma ai singoli componenti della stessa nel loro rapporto con il gruppo familiare», TROIANO, S.: *Gli atti di destinazione*, in PATTI, S. e CUBEDDU, M.G. (a cura di): *Diritto della famiglia*, Milano, 2011, p. 354 (corsivo originale). Più in generale, sull’utilizzo dell’atto di destinazione nella crisi

Di là da tali ipotesi, nelle quali i conviventi definiscono l'assetto patrimoniale dei loro rapporti con l'ausilio di negozi funzionalmente orientati a tale scopo e che identificano il titolo qualificativo della detenzione, resta da chiarire cosa accada in assenza di tali pattuizioni.

In ragione della considerazione della convivenza non fondata sul matrimonio quale realtà familiare, giuridicamente rilevante ai sensi dell'art. 2 cost., appare coerente accedere alla prospettiva, segnata dalla più recente giurisprudenza⁶⁴, tesa ad individuare nel convivente, anche se senza figli, non già un ospite ma un soggetto che, nella partecipazione alla comunità di vita, materiale e spirituale, realizza un proprio interesse, sì da potersi avvalere, eventualmente, della tutela possessoria, ex art. 1168 c.c., in ipotesi di spoliazione violenta o clandestina. Il titolo giuridico di tale autonoma detenzione si rintraccia – secondo il citato orientamento – in un negozio giuridico di tipo familiare⁶⁵, nonché, accogliendo una prospettiva volta alla massima attuazione dei principi costituzionali, nel principio di solidarietà, il quale conforma i rapporti familiari sì da prevalere sul correlativo diritto di proprietà, al punto da comportare un suo temporaneo sacrificio. Tuttavia, proprio in attuazione di tale principio, è necessario vagliare attentamente la singola vicenda al fine di accertare se realmente il godimento dell'immobile rappresenti non un pretesto bensì una necessità per il convivente non titolare di diritti reali e momentaneamente in situazione di difficoltà. In quest'ottica, volta alla considerazione del godimento della casa familiare quale forma di collaborazione e di aiuto da parte del convivente proprietario o titolare di altro diritto reale di godimento, è auspicabile che entrambe le parti improntino i propri rapporti al rispetto reciproco e alla continua informazione⁶⁶, sì che il convivente senza titolo rappresenti, all'*ex partner*, la

familiare, CHIAPPETTA, G.: *Famiglie e minori nella leale collaborazione tra le Corti*, Napoli, 2011, p. 174 ss. Con riferimento alla crisi della famiglia coniugale, PALAZZO, A.: "Crisi coniugale, atto di destinazione e *trust*", *Vita not.*, 2014, p. 975 ss.

⁶⁴ Cfr. § 3.

⁶⁵ Perplesità circa la configurabilità del rapporto affettivo quale titolo giustificativo della condetenzione sono manifestate da CICERO, C.: "*Legitimatio spoli* del convivente *more uxorio*", cit., spec. p. 948, secondo il quale tale prospettiva non è in grado di spiegare il relativo fondamento una volta cessata l'*affectio*. Il rischio che si paventa «è di creare un intreccio innaturale tra *ratio* della tutela possessoria e le esigenze, certamente legittime, di tutela del convivente». Per tale prospettiva cfr., inoltre, ID.: "Casa familiare e situazioni possessorie", in *questo volume*.

⁶⁶ Nella stessa direzione, prima ancora, LEPRE, A.: "Abitazione 'parafamiliare' e problemi possessori", cit., p. 248 ss. Diversa, invece, la prospettiva di GUZZARDI, G.: "Convivenza *more uxorio* e tutela possessoria dell'immobile adibito a casa familiare", cit., p. 1059, secondo il quale «la trasposizione *tout court* di tale obbligo [di buona fede] nell'ambito dei rapporti di convivenza (peraltro non contrattualizzati) appare una indebita forzatura volta a introdurre, sia pure per il tramite di canoni generali e astratti, proprio quell'intervento regolativo e quel

necessità di godere, eccezionalmente, dell'immobile, al fine di avere il tempo per reperire un alloggio idoneo alle sue esigenze abitative; al contempo, il convivente proprietario è tenuto a rendere manifesta la sua necessità di un uso esclusivo dell'immobile, valutando la possibilità di individuare, di comune accordo, un termine decorso il quale procedere alla richiesta di restituzione⁶⁷.

Affermata la rilettura dei rapporti familiari, costitutivi della famiglia di fatto, in funzione attuativa dei principi costituzionali, l'azione giudiziale dello strumento possessorio, *ex art.* 1168 c.c., rappresenta una scelta percorribile là dove la conflittualità delle parti sia tale da non permettere una ragionevole composizione dei contrapposti interessi, sempre che risulti provata, nel corso del giudizio, la stabilità della convivenza.

VII. PROFILI SUCCESSORI. TUTELA POSSESSORIA CONTRO I CHIAMATI ALL'EREDITÀ DEL CONVIVENTE PREMORTO.

È necessario, da ultimo, definire le forme di tutela spettanti al convivente contro le richieste di abbandono della casa familiare provenienti dai chiamati all'eredità del *partner* premorto. Il tema è strettamente connesso a quello, di più ampia portata, concernente la possibilità di riconoscere, nell'ambito della famiglia non fondata sul matrimonio, diritti successori al convivente⁶⁸.

Non appare ultroneo ricordare che la Corte costituzionale⁶⁹ ha dichiarato

controllo dell'ordinamento rispetto al quale la coppia ha sostanzialmente manifestato il proprio disinteresse».

⁶⁷ Sul punto LEPRE A., *o.l.u.c.*

⁶⁸ Cfr. BONILINI, G.: "Il mantenimento *post mortem* del coniuge e del convivente *more uxorio*", *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 239 ss.; SESTA M. e ZANETTI G.F.: "La coppia di fatto tra morale e diritto. Opinioni a confronto. L'opinione di Michele Sesta", *Famiglia*, 2004, p. 687 ss.; OBERTO, G.: "Famiglia di fatto e convivenze: tutela dei soggetti interessati e regolamentazione dei rapporti patrimoniali in vista della successione", *Fam. dir.*, 2006, p. 661 ss.; ID., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive in Italia e in Europa*, cit., p. 120 ss.; COPPOLA, C.: "La successione del convivente *more uxorio*", *Famiglia*, 2003, p. 695 ss., nonché EAD.: *La successione del convivente more uxorio*, in *Tratt. dir. successioni e donazioni* diretto da Bonilini, III, *La successione legittima*, Milano, 2009, p. 907 ss.; MOSCATI, E.: *Rapporti di convivenza e diritto successorio*, in AA.VV., *I contratti di convivenza*, cit., p. 141 ss. e BARBA, V.: "Adempimento e liberalità nella successione del convivente", *Rass. dir. civ.*, 2015, spec. p. 20 ss., con particolare attenzione alla figura del legato in adempimento di doveri morali e sociali nascenti dalla convivenza quale strumento per realizzare un'attribuzione *mortis causa* a favore della convivente.

⁶⁹ Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, *Foro it.*, 1991, I, c. 446 ss., nonché in *Dir. fam. pers.*, 1990, p. 474 ss., con commento critico di SCALISI, A.: "Famiglia di fatto e diritti successori del convivente *more uxorio*".

non fondata la questione di legittimità costituzionale – sollevata per violazione degli artt. 2 e 3 cost. – degli artt. 565 e 582 c.c., nella parte ove non equiparano – ai fini della successione legittima – il convivente *more uxorio* al coniuge⁷⁰. Con la medesima pronuncia, inoltre, è stata dichiarata l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 540, comma 2, c.c., là dove non riserva al convivente, anche se escluso dal novero dei successibili a titolo di erede, almeno il diritto di abitazione sulla casa adibita ad alloggio comune. Nel porre attenzione alle motivazioni esposte, la Consulta ha escluso – con riferimento alla prima questione – il contrasto con i principi costituzionali, precisando che, in assenza dei caratteri della certezza e della stabilità, nonché della reciprocità di diritti e doveri nascenti dal matrimonio, il convivente non può essere equiparato al coniuge né la convivenza di fatto può costituire titolo di vocazione legittima all'eredità, anche in considerazione del fatto che la creazione di obblighi tra i *partners* «contraddirebbe alla stessa natura della convivenza, che è un rapporto di fatto per definizione rifuggente da qualificazioni giuridiche di diritti e obblighi reciproci»⁷¹. La seconda questione – riguardante la presunta incostituzionalità del mancato riconoscimento al convivente del diritto di abitazione della casa adibita a residenza familiare – è dichiarata inammissibile, in quanto la possibilità di configurare il diritto di abitazione quale oggetto di una vocazione a titolo particolare è strettamente dipendente, nel nostro ordinamento, dalla qualità di legittimario, la quale può essere estesa al convivente *more uxorio* soltanto in séguito ad una precisa scelta legislativa, tesa ad annoverare tale fattispecie nell'ambito della successione legittima⁷².

Non potendo riconoscere, per via interpretativa, diritti successori al convivente, non particolarmente frequenti si rivelano le fattispecie nelle quali l'autonomia privata (in particolare mediante il ricorso allo strumento del legato di usufrutto dell'immobile), con l'avallo delle Giurisdizioni superiori⁷³,

⁷⁰ Gli articoli 75 e 81, d.lgs 28 dicembre 2013, n. 154, hanno soppresso dal testo degli articoli, rispettivamente 565 c.c. e 582 c.c., i sintagmi «legittimi», «legittimo» o «naturali», che prima comparivano per definire la situazione dei figli nati nell'ambito del matrimonio oppure al di fuori di esso.

⁷¹ Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, cit.

⁷² Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, cit. Su tale decisione cfr. MOSCATI, E.: *Interventi occasionali della Corte costituzionale ed esclusione di un riconoscimento generalizzato di diritti successori del convivente*, in CALVO, R. e CIATTI, A. (a cura di): *I contratti di destinazione patrimoniale*, cit., p. 630 ss.

⁷³ Ci si riferisce alla pronuncia (Cass., 20 dicembre 2011, n. 27773, *Fam. dir.*, 2012, p. 125 ss., con commento adesivo di CALVO R.: «Il legato di usufrutto 'ambulatorio' pro convivente»), secondo la quale il legato avente per oggetto l'usufrutto vitalizio di un immobile a favore della convivente *more uxorio* può – se dalla interpretazione del negozio testamentario risulti l'intenzione di assecondare le esigenze abitative della beneficiaria e in assenza della revoca della disposizione di usufrutto – essere esteso ad un altro edificio di proprietà del testatore, se, dopo la redazione dell'atto *mortis causa*, il primo immobile viene

ha saputo fornire un ausilio conforme alle ragioni di solidarietà costituzionale, favorendo la c.d. «ambulatorietà»⁷⁴ del diritto di abitazione a tutela delle ragioni della convivente superstite, a prescindere dalla individuazione di un immobile specifico.

Né, infine, può considerarsi indice di un generale riconoscimento di diritti successori a favore del convivente la pronuncia della Consulta che ha consentito al supersite di subentrare automaticamente, quando vi sia prole naturale, nel rapporto locatizio: la sentenza, piuttosto che segnare un'equiparazione, sul piano giuridico, del convivente al coniuge, mira – come testualmente ammesso – ad evitare «la contraddittorietà logica della esclusione di un convivente dalla previsione di una norma che intende tutelare l'abituale convivenza» e un nucleo familiare con figli⁷⁵.

Alla luce del vigente quadro normativo, che non consente al convivente *more uxorio* di vantare diritti successori relativi all'abitazione familiare, non può tacersi l'eventualità, sul piano possessorio, di un conflitto con i chiamati all'eredità del *partner* premorto: questi ultimi, infatti, vantando la tutela prevista dall'art. 460 c.c. – il quale consente loro di «esercitare le azioni possessorie a tutela dei beni ereditari, senza bisogno di materiale apprensione» – potrebbero agire contro il convivente superstite al fine di ottenere la restituzione dell'immobile che costituiva luogo di abitazione della coppia.

In assenza di una compiuta sistemazione giuridico-normativa, si registrano, in giurisprudenza, significative aperture in favore della tutela possessoria del convivente, al punto da negare che il convivente superstite sia tenuto a risarcire i danni agli eredi del *de cuius* (convivente-proprietario) per aver continuato ad occupare l'appartamento dopo la sua morte⁷⁶. In maniera ancor più significativa, si individua nella convivenza *more uxorio* una situazione di «condivisione dei reciproci beni da parte dei conviventi», tale da rappresentare l'esistenza dell'*animus possidendi* del convivente affinché

venduto dallo stesso proprietario-disponente e il secondo alloggio è adibito a residenza familiare.

⁷⁴ L'espressione è utilizzata da CALVO R., *o.u.c.*, p. 128 ss.

⁷⁵ Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, *Rass. dir. civ.*, cit., p. 932 ss.; cfr, inoltre, *retro*, bibliografia citata in nota n. 19. Escludono che possano valere le motivazioni esposte in tale pronuncia, là dove la locazione riguardi una convivenza senza prole e che possa trattarsi in egual maniera la cessazione della convivenza con prole e quella senza prole, Corte cost., 11 giugno 2003, n. 204, *Foro it.*, 2003, I, c. 2222 ss., e Corte cost., 14 gennaio 2010, n. 7, *Fam. dir.*, 2011, p. 982 ss., con commento di CILIBERTO, C.: «Successione nel contratto di locazione del convivente senza figli naturali».

⁷⁶ Trib. Milano, 18 gennaio 2003, consultabile sulla banca dati *dejure online*.

impedisca all'erede l'accesso nell'immobile già abitazione della coppia⁷⁷. L'orientamento delineato è confermato da una recente pronuncia della Corte di cassazione⁷⁸, la quale, dopo aver ribadito che il convivente esercita sulla casa che costituiva luogo di abitazione della coppia un potere di fatto equiparabile ad una detenzione qualificata, con fondamento in una convivenza, condivide l'orientamento secondo il quale la convivente *more uxorio* è legittimata ad esercitare l'azione di spoglio anche nei confronti dell'erede del proprietario che non era nel possesso dei beni del *de cuius* prima della sua morte.

Tale arresto giurisprudenziale appare conforme alla ricostruzione tracciata nelle pagine precedenti: individuato nella stabile convivenza *more uxorio* un fenomeno di importante rilievo sociale, tale da tradursi, sul piano giuridico, in un titolo fondante la detenzione qualificata del convivente sull'abitazione familiare, tutelabile in via possessoria sia contro l'altro convivente (proprietario o titolare di diritti reali o personali di godimento sull'immobile) sia contro il terzo, apparirebbe irragionevole equiparare il convivente, nei riguardi del chiamato all'eredità, ad un ospite privo di tutela contro lo spoglio da questi perpetrato⁷⁹.

Siffatto rilievo favorisce una riflessione di più ampia portata, che travalica i confini della situazione di convivenza *more uxorio* per incentrare l'attenzione sulla tutela esperibile nell'ambito di convivenze basate su legami affettivi tra persone appartenenti al medesimo nucleo familiare⁸⁰. Pur non potendo fornire risposte che prescindano da un'attenta analisi della serietà e stabilità della specifica convivenza, ragioni di eguaglianza sostanziale impongono di individuare nella solidarietà costituzionale il vincolo di coesione del nucleo familiare, sì da tracciare una differenza tra il rapporto di mera ospitalità e la posizione del familiare che, nell'appartenenza alla comunità spirituale e di vita che si manifesta nella casa di residenza, rinviene il soddisfacimento di un

⁷⁷ Pret. Venezia, 16 aprile 1996, *Giur. it.*, 1997, I, c. 330 ss., con commento critico di GARDANI CONTURSI-LISI, L.: "Chiamato all'eredità, convivente *more uxorio* ed azioni possessorie: un vecchio tema e...qualche novità di troppo". In tale direzione già Pret. Roma, 22 novembre 1975, cit., p. 1721 ss. Cfr., inoltre, Trib. Torino, 14 marzo 2002, *Giur. it.*, 2002, p. 1864 ss., con commento di BERGAMO, E.: "Cenni su una possibile estensione del 2° comma dell'art. 540 c.c. al convivente *more uxorio*", secondo il quale il convivente *more uxorio* del defunto comproprietario, per avere avuto il godimento in contitolarità dell'immobile con il defunto per oltre vent'anni, può usucapire il diritto di abitazione dell'intera casa nella quale avevano convissuto.

⁷⁸ Cass., 10 settembre 2014, n. 19423, *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 2052 ss.

⁷⁹ In favore della tutela possessoria del convivente (anche) contro l'erede, CARBONE, V.: "Possesso e detenzione nella famiglia di fatto", cit., p. 51 e SESTA, M.: "Comunione di vita", cit., p. 519.

⁸⁰ Sulla legittimazione all'esercizio dell'azione possessoria dei familiari (ad esempio suocera o figli) contro il capo famiglia: *infra* § II, testo e note.

proprio interesse, idoneo a giustificare la sua legittimazione all'esercizio della tutela possessoria, *ex* art. 1168 c.c., contro qualunque familiare convivente autore dello spoglio⁸¹.

ÍNDICE

⁸¹ Cfr. DE MARTINI, A.: "Legittimazione dei familiari del conduttore", cit., spec. c. 772 s. (corsivo originale), il quale si sofferma sull'atteggiarsi del vincolo di «necessità di convivenza» al fine di definire la posizione giuridica dei componenti del medesimo nucleo familiare per differenziarla dal rapporto di ospitalità. In particolare l'autore distingue la posizione di coloro i quali (ad es. coniuge e figli) fondano il diritto al godimento dell'alloggio su un credito al mantenimento oppure agli alimenti nei confronti del conduttore-capofamiglia da chi è legato al nucleo familiare da un rapporto di servizio o di cura nei riguardi di quest'ultimo, nonché, infine, da chi appartiene a quel nucleo familiare in virtù di un rapporto di convivenza radicato nel tempo. Pur condividendosi la prospettiva finalizzata a distinguere i legami familiari rispetto all'ospitalità e le posizioni dei singoli componenti del nucleo familiare, perplessità derivano dalla conclusione, la quale riconosce una situazione di detenzione autonoma soltanto ai familiari ricompresi nella prima categoria; gli altri rapporti, invece, per la loro rilevanza meramente di fatto e per l'assenza di «diritti» di godimento dell'alloggio, rientrerebbero tra le fattispecie di detenzione non autonoma.